

IT Ticker

Newsletter Seite 1/4

Themenübersicht:

- Softwareerstellung nach Kaufrecht
- Änderungen des Arbeitnehmerfindungsgesetzes
- Strafrechtliche Haftung des Compliance Officers
- Unterrichtungspflichten bei Vertragsabschluss
- Online-Rechnung über Internet-Portal
- Zugriff des Arbeitgebers auf private E-Mails am Arbeitsplatz
- Speicherung dynamischer IP-Adressen auf Zuruf
- Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle
- Datenzugriffsrecht der Finanzverwaltung
- In eigener Sache

Softwareerstellung nach Kaufrecht

Mit der Schuldrechtsreform wurde zum 01.01.2002 auch § 651 BGB neu gestaltet, der über die Anwendung von Kauf- oder Werkvertragsrecht entscheidet. Trotzdem werden ITK-Projekte weiterhin wie selbstverständlich als Werkverträge verstanden und durchgeführt.

Ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) dürfte dem ein Ende bereiten (Urt. vom 23.07.2009, Az. VII ZR 151/08). Der BGH traf darin grundlegende Aussagen zum Anwendungsbereich des § 651 BGB. Verträge zur Lieferung zu erstellender beweglicher Sachen unterliegen danach dem Kaufrecht und nicht dem Werkvertragsrecht. Zuvor hatte der BGH bekräftigt, dass Software als bewegliche Sache anzusehen ist (Urt. vom 15.11.2006, Az. XII ZR 120/04, siehe IT-Ticker I/2007). Als Konsequenz unterliegen Verträge über die Lieferung zu erstellender Software dem Kaufrecht, auch wenn ein BGH-Urteil spezifisch für Software fehlt. Für Individualsoftware gelten ergänzend einige Werkvertragsvorschriften (§ 651 S. 3 BGB).

Die Aussagen im Urteil gelten für alle Verträge ab dem 01.01.2002, für damals bereits laufende Verträge ab dem 01.01.2003. Die praktischen Auswirkungen sind erheblich. Nur als Beispiele: Das Kaufrecht kennt weder Abnahmeerklärungen noch ein Recht des Anbieters auf Teilleistungen oder Abschlagszahlungen.

Praxistipp: Das Urteil bedeutet wohl einen rechtlichen Paradigmenwechsel für ITK-Projekte. Verträge und Geschäftsbedingungen für Projekte und ihre Durchführung

sind kritisch auf „neue“ Risiken zu prüfen und anzupassen. SKW Schwarz stellt Aspekte hierzu in einer Mandanteninformation dar. Der BITKOM e.V. wird dazu bald einen Leitfaden herausgeben. Beide Unterlagen können unter IT@skwschwarz.de angefordert werden.

(Martin Schweinoch, München)

Änderungen des Arbeitnehmerfindungsgesetzes

Der Bundestag hat im Zuge des Patentrechtsmodernisierungsgesetzes erhebliche Änderungen des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen (ArbnErfG) beschlossen. Die Änderungen sind zum 01.10.2009 in Kraft getreten. Die für Unternehmen wichtigsten Neuerungen betreffen die künftige Fiktion der Inanspruchnahme von Dienstleistungen durch den Arbeitgeber und die Ersetzung des Schriftformerfordernisses durch die Textform. „Textform“ umfasst insbesondere Erklärungen per E-Mail und Computerfax. Darüber hinaus wird neu der Wegfall der Möglichkeit einer beschränkten Inanspruchnahme geregelt.

Praxistipp: Der Gesetzgeber hat durch die Änderungen Fehlerquellen bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen beseitigt. Zu beachten ist jedoch, dass die Neuregelungen keine Rückwirkung entfalten.

(Dr. Oliver Hornung, Frankfurt/Main)

Strafrechtliche Haftung des Compliance Officers

Der BGH hat im Rahmen der strafrechtlichen Verurteilung eines Leiters der Rechtsabteilung und Innenrevision (Urt. vom 17.07.2009, Az. 5 StR 394/08) auch zur Haftung des Compliance Officers Stellung genommen.

Der BGH bejahte eine Verurteilung wegen Beihilfe zum Betrug, weil es der Angeklagte trotz Kenntnis von einer überhöhten Gebührensatzung unterlassen hatte, einzuschreiten und den Vorstandsvorsitzenden bzw. Aufsichtsrat einzuschalten. Den Angeklagten habe im konkreten Zusammenhang eine Garantenstellung getroffen.

Im Rahmen der Begründung äußerte der BGH beiläufig, dass auch den Compliance Officer regelmäßig eine Garantenstellung im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB treffe. Denjenigen, dem Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle übertragen wurden, treffe auch eine "Sonderverantwortlichkeit" für den übernommenen Bereich. Die

Pflichtenstellung des Compliance Officer erschöpfe sich regelmäßig nicht darin, unternehmensinterne Compliance-Prozesse zu optimieren, sondern er habe häufig auch vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu verhindern.

Praxistipp: In der Praxis folgt daraus für die Bestellung eines Compliance Officer, dass dessen Aufgabenbereich eindeutig definiert sein sollte. Dabei kommt es auf den Unterschied zwischen der Verantwortung für die Optimierung der Compliance-Prozesse und die Verantwortung zur Vermeidung von Straftaten an. Die D&O-Versicherung und Strafrechtsschutzversicherung sollten zukünftig auch den Compliance Officer und seine Tätigkeit umfassen.

(Dr. Matthias Nordmann, München)

Unterrichtungspflichten bei Vertragsabschluss

Zahlreiche Anfragen haben uns zu einer versteckten Neuerung des BDSG erreicht. Zukünftig reicht es nicht mehr aus, den Adressaten erst bei Durchführung einer Werbemaßnahme über sein Widerspruchsrecht zu informieren.

Nach der Neufassung des § 28 Abs. 4 Satz 2 BDSG gilt: Der Betroffene muss bei der Ansprache zum Zwecke der Werbung und in den Fällen des § 28 Abs. 1 Satz BDSG schon bei der Begründung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses über die verantwortliche Stelle sowie über das Widerspruchsrecht unterrichtet werden. Oft muss deshalb die Unterrichtung schon in der Phase der Vertragsanbahnung erfolgen. Bei Verstößen droht ein Bußgeld, § 43 Abs. 1 Nr. 3 BDSG.

Praxistipp: Prüfen Sie, ob eine Anpassung von Vertragsformularen und anderen Unterlagen erforderlich ist.

(Dr. Wulf Kamlah, Frankfurt/Main)

Online-Rechnung über Internet-Portal

Elektronische Rechnungen werden immer beliebter. Im Verkehr zwischen Unternehmen schreibt das Umsatzsteuergesetz für elektronische Rechnungen die sogenannte „qualifizierte elektronische Signatur“ vor. Bei Rechnungen an Verbraucher entfällt diese Anforderung. Wegen der damit verbundenen Kosteneinsparungen bieten deshalb insbesondere Telekommunikationsunternehmen Verbrauchern unter ihren Kunden an, die monatlichen Rechnungen (nur noch) elektronisch zu erhalten.

Der BGH hatte sich jetzt mit einem Fall zu beschäftigen, bei dem Kunden, die einen bestimmten Mobilfunktarif buchten, die zugehörige Rechnung nur über ein Internet-Portal selbst abrufen konnten (Urt. vom 16.7.2009, Az. III ZR 299/08). Der BGH stellte zunächst klar, dass für eine Rechnung gegenüber Verbrauchern keine Schriftform erforderlich ist. Ein Rechnungsabruf nur über das Internet sei nach den Maßstäben des AGB-Rechts keine unangemessene Benachteiligung, weil nicht alle Tarife betroffen waren. Die Kunden könnten problemlos einen anderen Tarif wählen, bei dem sie eine Papierrechnung erhalten. Jedoch sei eine ausschließliche Online-Rechnungsstellung für alle Tarife eine unangemessene Benachteiligung der Kunden, weil diese Form des „elektronischen Rechtsverkehrs“ derzeit noch nicht als allgemein üblich angesehen werden könne.

Praxistipp: Prüfen Sie vor Einführung der elektronischen Rechnung, ob Ihre Kundenverträge mit den Anforderungen des BGH in Einklang stehen.

(Dr. Oliver M. Bühr, Frankfurt/Main)

Zugriff des Arbeitgebers auf private E-Mails am Arbeitsplatz

Der Verwaltungsgerichtshof Hessen (VGH Hessen) hat in einer vielbeachteten Entscheidung (Beschl. vom 19.05.2009 – Az. 6 A 2672/08.Z) Stellung dazu genommen, inwieweit ein Arbeitgeber Zugriff auf privaten E-Mails-Verkehr am Arbeitsplatz nehmen darf.

Im entschiedenen Fall war ein Unternehmen mittels öffentlich-rechtlichem Bescheid aufgefordert worden, im Zuge von Ermittlungen wegen verbotenen Insiderhandel u.a. alle E-Mails zur Verfügung zu stellen, die die Personen betrafen, die im Zusammenhang mit den fraglichen Geschäften standen. Das Unternehmen legte hiergegen Rechtsmittel ein, da das Unternehmen seinen Mitarbeitern gestattet hatte, den Arbeitsplatzrechner auch für privaten E-Mail-Verkehr zu benutzen. Dabei wurden diese E-Mails nicht unmittelbar nach Eingang gelöscht, sondern konnten von den Mitarbeitern im Posteingang belassen werden, ausgedruckt oder in anderen Verzeichnissen des Systems abgespeichert werden.

Die herrschende Meinung ging bisher davon aus, dass ein Arbeitgeber, der privaten E-Mail-Verkehr zulässt, zum Anbieter eines Telekommunikationsdienstes im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (TKG) wird. Daher unterliegt

private E-Mail dem Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG, was die Zugriffsmöglichkeiten eines Arbeitgebers erheblich einschränkt.

Der VGH Hessen hat nun den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses konkretisiert und eingeschränkt. Da die privaten E-Mails erst nach dem Abschluss des Übertragungsvorganges in den Herrschaftsbereich des Mitarbeiters gelangen und dieser frei entscheiden könne, ob er sie ausdrücke, lösche, abspeichere und/oder gegen unberechtigten Zugriff sichere, bestehe kein nachwirkender Schutz aus dem Fernmeldegeheimnis mehr, so das Gericht. Demnach könnte ein Arbeitgeber Zugriff auf solche privaten E-Mails nehmen.

Praxistipp: Das Urteil begrenzt in für Arbeitgeber erfreulicher Art und Weise den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses im Zusammenhang mit der Überprüfung und dem Zugriff auf private E-Mails durch den Arbeitgeber. Dennoch kann sich aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung für den Arbeitnehmer weiterhin ein grundrechtlicher Schutz für die private Kommunikation am Arbeitsplatz ergeben. Arbeitgebern ist deshalb weiterhin dringend zu empfehlen, Regelungen mit den Mitarbeitern zum privaten E-Mail-Verkehr am Arbeitsplatz zu treffen, z.B. mittels Betriebsvereinbarung.

(Dr. Daniel Kaboth, München)

Speicherung dynamischer IP-Adressen auf Zuruf

Bei der Verfolgung von Urheberrechtsverstößen im Internet stellt sich für den Rechteinhaber häufig das Problem, dass die Feststellung des Anschlussinhabers nur mit Hilfe der so genannten Verkehrsdaten (dynamische IP-Adressen) erfolgen kann. Auskünfte über Verkehrsdaten dürfen aber nur nach richterlicher Anordnung erteilt werden.

Die Provider löschen Verkehrsdaten datenschutzkonform meist schon nach wenigen Tagen - in der Regel also vor der Entscheidung des Gerichts. Datenschutzrechtlich ist deshalb höchst umstritten, ob die Provider berechtigt sind, quasi auf Zuruf des Rechteinhabers, Verkehrsdaten im Einzelfall bis zur Entscheidung des Richters über die Auskunft zu speichern. § 101 Abs. 2 Urhebergesetz (UrhG) gestattet dem Wortlaut nach nur die Auskunft, nicht aber eine (verlängerte) Speicherung. Auch ein Rückgriff auf die so genannten Vorratsdaten ist nicht gestattet.

Das OLG Karlsruhe hat nun entschieden (Beschl. vom 01.09.2009, Az. 6 W 47/09), dass Provider durch richterli-

che Anordnung verpflichtet werden können, Verkehrsdaten zu dynamischen IP-Adressen auf Anforderung eines Rechteinhabers zu speichern, auch wenn noch kein richterlicher Beschluss zur Herausgabe der Daten vorliegt. Das Gericht stellt, wie kürzlich auch das LG Hamburg (Urt. vom 13.03.2009, Az. 308 O 75/09), darauf ab, dass der Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 2 UrhG ein solches Recht zur Speicherung der Daten beinhaltet.

(Nikolaus Bertermann, Berlin)

Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle

Die Kommission hat die Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof verklagt, weil die deutschen Aufsichtsbehörden für den Datenschutz nicht "völlig unabhängig" seien. So verlange es die EU-Datenschutzrichtlinie. Tatsächlich sind einige Aufsichtsbehörden nicht eigenständig, sondern in Ministerien eingegliedert.

Am 13.11.2009 stellte der Generalanwalt Ján Mázak seinen Schlussantrag. Danach habe die Kommission den Nachweis der Abhängigkeit der deutschen Aufsichtsbehörden für den Datenschutz von Regierungsstellen nicht geführt: "Sie hat weder das Versagen des Aufsichtssystems noch eine ständige Praxis der Aufsichtsbehörden nachgewiesen, die einen Missbrauch ihrer Befugnisse darstellt und dazu führt, dass die Datenschutz-Kontrollstellen die ihnen zugewiesenen Aufgaben nicht in völliger Unabhängigkeit wahrnehmen." Häufig folgt das Gericht den Schlussanträgen. Es spricht deshalb einiges dafür, dass es bei der bisherigen Struktur bleibt.

(Dr. Wulf Kamlah, Frankfurt/Main)

Datenzugriffsrecht der Finanzverwaltung

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat eine Grundsatzentscheidung zum Datenzugriffsrecht der Finanzverwaltung getroffen (Urteil vom 24.06.2009, Az. VIII R 80/06). Im Streitfall ging es um die Reichweite der Prüfungsbefugnisse des Finanzamts nach § 147 Abs. 6 Abgabenordnung (AO). Danach kann im Rahmen einer Außenprüfung Einsicht in elektronisch geführte Daten und Aufzeichnungen genommen und diese maschinell ausgewertet werden.

Die Finanzverwaltung ist auf dieser rechtlichen Grundlage und mit Hilfe der mittlerweile verfügbaren Prüfsoftware in der Lage, auch sehr große Datenmengen mit überschaubarem Aufwand innerhalb relativ kurzer Zeit effektiv zu

überprüfen. Diese Möglichkeit wird von den Finanzämtern zunehmend auch genutzt.

Im entschiedenen Fall verlangte das Finanzamt Einsicht in eine gesetzlich nicht geforderte Bestandsbuchhaltung. Der BFH hat klargestellt, dass sich das Prüfungsrecht nach § 147 Abs. 6 AO nicht auf freiwillig erstellte Aufzeichnungen erstreckt und das Verlangen daher rechtswidrig war.

(Udo Steger, München)

In eigener Sache

SKW Schwarz im JUVE Handbuch 2009/2010

Die JUVE-Redaktion hat SKW Schwarz auch dieses Jahr wieder unter die Top 13 Kanzleien im Bereich Informationstechnologie gewählt. Als „häufig empfohlene Anwälte“ werden mehrere Anwälte der Practice Group IT, Internet und E-Business genannt: Dr. Matthias Nordmann („äußerst kompetent“, Wettbewerber), Martin Schweinoch („sehr versiert“, Wettbewerber); Dr. Andreas Peschel-Mehner, Dr. Oliver Hornung, Dr. Oliver Bühr.

SKW Schwarz ist „Law Firm of the Year“

Das britische ACQ Magazine hat SKW Schwarz zur „Law Firm of the year - Germany“ für den Bereich Internet & E-Commerce gewählt.

eCommerce Tag 2009, 10.12.2009

Stefan Schicker präsentiert in Regensburg das „Update Online-Recht: Grenzen erkennen, Spielräume ausnutzen“.

Creditpass Anwendertag, 28.01.2010

Stefan Schicker hält in München den Vortrag „Aktuelle Übersicht Datenschutz: Update“.

„Recht im Internet – Grundlagen“, 01.-02.02.2010

Nikolaus Bertermann hält in Berlin ein Grundlagenseminar zum Recht im Internet (u.a. Domainrecht, Medienrecht, Vertragsrecht). Mandanten von SKW Schwarz und Empfänger des IT-Tickers erhalten Sonderkonditionen. Interessenten melden sich bitte unter IT@skwschwarz.de.

„Recht im Internet“: Neue Ergänzungslieferung

Im Dezember 2009 erscheint die 25. Ergänzungslieferung des von Prof. Dr. Mathias Schwarz und Dr. Andreas Peschel-Mehner herausgegebenen Werks.

BITKOM-Leitfaden „Cloud Computing

Dr. Oliver M. Bühr hat im Kapitel 4, „Juristische Aspekte“ den Unterpunkt „Datenschutz und Datensicherheit“ bearbeitet. Der Leitfaden ist unter www.bitkom.de unter „Publikationen“ zum Download erhältlich.

Softwareerstellung nach Kaufrecht

Martin Schweinoch hat in „Computer und Recht“ (2009, S. 640) einige Auswirkungen des Urteil des BGH vom 23.07.2009, Az. VII ZR 151/08 zur Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts kommentiert. Einen weiteren Beitrag von Martin Schweinoch hierzu hat die Computerwoche abgedruckt (Heft 47/2009, S. 36) und online veröffentlicht (<http://www.computerwoche.de/karriere/1909835>).

Practice Group IT, Internet und E-Business

Nikolaus Bertermann	Dr. Matthias Nordmann, M.A.
Dr. Oliver Bühr	Dr. Andreas Peschel-Mehner
Markus von Fuchs LL.M.	Dr. Ulrich Reber
Florian Hensel	Stefan C. Schicker, LL.M.
Johann Heyde	Prof. Dr. Mathias Schwarz
Dr. Oliver Hornung	Martin Schweinoch
Dr. Daniel Kaboth	Udo Steger
Dr. Wulf Kamlah	Martin Stück
Sabine Kröger	Dr. Johannes Thoma
Dr. Eberhard Kromer MBA	Julian Westpfahl
Dr. Karolin Nelles	Dr. Anne Zoll

Impressum

SKW Schwarz
Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer Partnerschaft
Sitz der Partnerschaft ist München,
eingetragen beim Amtsgericht München PR 884.

Vertretungsberechtigter: Prof. Dr. Mathias Schwarz
Redaktionell Verantwortlicher: Martin Schweinoch.

E-Mail: IT@skwschwarz.de

Standorte:

10719 Berlin
Kurfürstendamm 38/39
T +49 (0) 30.889 26 50-0
F +49 (0) 30.889 26 50-10

40212 Düsseldorf
Steinstraße 1/Kö
T +49 (0) 221.82 89 59-0
F +49 (0) 221.82 89 59-60

20095 Hamburg
Spitalerstraße 4
T +49 (0) 40-33 40 10
F +49 (0) 40-33 40 15 30

60598 Frankfurt/Main
Mörfelder Landstraße 117
T +49 (0) 69.63 00 01-0
F +49 (0) 69.63 55 22

80333 München
Wittelsbacherplatz 1
T +49 (0) 89.286 40-0
F +49 (0) 89.280 94-32

Um den IT-Ticker abzubestellen, senden Sie uns bitte eine E-Mail oder informieren Sie Ihren Ansprechpartner in der Kanzlei. Gerne informieren wir Sie über unsere anderen Ticker und Newsletter.

Gesetzliche Berufsbezeichnung: Rechtsanwalt/-anwältin der BRD.

Zuständige Rechtsanwaltskammer: Rechtsanwaltskammern Berlin, Düsseldorf, Frankfurt a.M., Hamburg und München.

Die berufsrechtlichen Regelungen sind unter <http://www.brak.de> in der Rubrik „Berufsrecht“, Informationspflichten gem. § 5 TMG abrufbar.

© SKW Schwarz 2009